

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS LEIS FEDERAL, PAULISTA E PAULISTANA

SOCIAL ORGANIZATIONS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE FEDERAL LAW, PAULISTA LAW AND PAULISTANA LAW

Renato de Abreu Barcelos¹

Ronara da Silva Figueiredo Valadares²

Resumo: organizações sociais são entidades que, não obstante privadas, exercem atividades de interesse público. As organizações sociais surgem a partir de uma qualificação jurídica concedida pelo Estado, via contrato de gestão, que fixa metas e vantagens a serem estipuladas para as organizações sociais. Encontram-se, portanto, encartadas no chamado terceiro setor, não reduzível ao Estado, nem ao mercado. O presente estudo tem por objetivo investigar tais entidades, procurando estabelecer uma análise comparativa entre a Lei federal, a Lei paulista e a Lei paulistana, estabelecendo as diferenças e similitudes encontradas. Desse modo, poder-se-á verificar se as inconstitucionalidades presentes na Lei federal foram também reproduzidas nas Leis paulista e paulistana.

Palavras-chave: leis; organizações sociais; inconstitucionalidades; comparação.

Abstract: social organizations are entities that, although private, performing activities of public interest. The social organizations arise from a legal status granted by the State, via management contract, which sets targets and benefits to be set for social organizations. They are, therefore, provided in the third sector, not reducible to the State, nor the market. The present study aims to investigate such entities, seeking to establish a comparative analysis between the federal Law, the paulista Law and the paulistana Law, establishing differences and similarities found. Thus, power will check whether

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, área de concentração “Direito Público”, linha de pesquisa “Estado, Constituição e Sociedade no Paradigma do Estado Democrático de Direito”.

² Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade de Itaúna. Especialista em Ciências Criminais pelo Praetorium. Mestranda em Direito (disciplinas isoladas) pela Universidade de Itaúna, área de concentração “Proteção dos Direitos Fundamentais”, linha de pesquisa “Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais”.

the unconstitutional present in federal Law were also reproduced in the paulista and paulistana Laws.

Keywords: laws; social organizations; unconstitutionality; comparison.

Sumário: 1 Introdução; 2 Esboço histórico: o surgimento das organizações sociais; 2.1 Crise do paradigma do Direito materializado do Estado Social; 2.2 A reforma administrativa gerencial brasileira; 2.3 Surgimento das organizações sociais; 3 Perfil jurídico das organizações sociais no Direito brasileiro; 4 Organizações sociais: uma análise comparativa entre a legislação federal, a legislação paulista e a legislação paulistana; 4.1 Requisitos exigidos para qualificação; 4.2 Requisitos relativos à governança da organização social; 4.3 Atribuições privativas do Conselho de Administração; 4.4 Principais características legais de qualificação como organização social; 4.5 Características da relação de fomento e parceria; 4.6 Características essenciais do contrato de gestão; 4.7 Dispositivos gerais; 4.8 Principais características legais da qualificação como organização social; 5 Conclusões; Referências.

1 INTRODUÇÃO

As organizações sociais são entidades que, não obstante privadas, perseguem o interesse público, precipuamente aqueles encartados na seara social. Para que uma entidade seja considerada organização social, mister que seja qualificada, como tal, por ato do Poder Público.

Elas atuam no chamado terceiro setor, não identificado plenamente nem com o mercado, nem com o Estado. Ao contrário, as organizações sociais representam, em grande medida, o **redescobrimento da sociedade civil**, após décadas de subsunção do público ao estatal. Elas são símbolos das potencialidades de legitimação que podem fundar a atuação estatal.

Apesar desse papel importantíssimo das organizações sociais, o modelo normativo emprestado a tais entidades vem sendo alvo de críticas, na medida em que despreza o papel fundamental dessas entidades – participação social nos rumos da sociedade – em prol de uma serviçal entrega de atividades públicas sociais aos apetites insopitáveis do nosso capitalismo tardio típico da modernidade periférica.

O objetivo principal do presente estudo é proceder a **análise comparativa entre três legislações distintas disciplinadoras da matéria**, a saber: a Lei n. 9.637, de 15 de maio de

1998 – Lei federal; a Lei Complementar n. 846, de 4 de junho de 1998, do Estado de São Paulo – Lei paulista; e Lei n. 14.132, de 24 de janeiro de 2006, do Município de São Paulo – Lei paulistana. Tal cotejo será guiado pelos aspectos gerais atinentes à Lei federal. Note-se que, entre as Leis federal e paulista e a Lei paulistana transcorreram-se oito anos. Destarte, a análise comparativa é de suma importância, porquanto permitirá vislumbrar se os desacertos da Lei federal foram replicados pelas Leis paulista e paulistana. Ademais, a análise comparativa tem o condão de proporcionar, via indireta, uma compreensão do modelo normativo **nacional** engendrado para as organizações sociais, ou seja, permite vislumbrar os caracteres gerais das organizações sociais no Brasil.

Logo, o presente artigo encontra-se do seguinte modo estruturado: **(i)** de intróito, será feita uma incursão pelo **contexto histórico de surgimento das organizações sociais**, ocasião em que será tratada a crise do paradigma do direito materializado do Estado Social e a reforma administrativa gerencial pátria, realizada pelo governo Fernando Henrique Cardoso, na década de 90; **(ii)** após, será apresentada uma breve incursão pelas **pontualidades atinentes às organizações sociais**, tais como conceito, requisitos, contrato de gestão, desqualificação, vantagens, etc., de modo a pincelar um quadro geral normativo das entidades no Direito brasileiro; **(iii)** em seguida, adentrar-se-á o objetivo central deste estudo, que é realizar uma **análise comparativa** entre as Leis federal, paulista e paulistana, conforme os parâmetros extraídos da “Relações de Parcerias entre Poder Público e Entes de Cooperação e Colaboração no Brasil” (BRASIL, 2010), o que oportunizará a verificação (da permanência) de **retrocessos** e (os sinais) de **avanços** na matéria; **(iv)** por fim serão apresentadas as **conclusões** surgidas com a pesquisa.

2 ESBOÇO HISTÓRICO: O SURGIMENTO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

A compreensão histórica do nascimento das organizações sociais perpassa inexoravelmente por dois momentos distintos: **(i)** a **crise do paradigma do direito materializado do Estado Social**, cujo consectário mais notável é o **redescobrimto das potencialidades da sociedade civil**; e **(ii)** no plano histórico-doméstico, a **reforma administrativa** encetada no Governo Fernando Henrique Cardoso, que buscou, em epítome, implantar, no direito pátrio, o modelo gerencialista, inequivocamente um aguilhão para criação das organizações sociais. A articulação desses pontos permite entender como surgiram as organizações sociais; mas o didatismo recomenda a análise apartada dos decantados itens, o que se passa a fazer abaixo.

2.1 Crise do paradigma do Direito materializado do Estado Social

Antes de se adentrar a questão objeto de análise deste compartimento, é preciso esclarecer o sentido da palavra paradigma. Neste sentido, busca-se esteio em Thomas Kuhn (1998, p. 13): “[Paradigmas são] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modulares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

Transportando-se a noção de paradigma para a ciência do Direito, afirmou Habermas:

Para caracterizar a compreensão paradigmática do direito, própria a determinada época social, introduziram-se as expressões: ‘ideal social’, ‘visão social’ ou, simplesmente, ‘teoria’. Todas têm a ver com as concepções implícitas de cada pessoa acerca da própria sociedade e conferem uma perspectiva à prática da criação e da aplicação do direito, ou melhor, conferem orientação ao projeto geral de concretização de uma associação de parceiros do direito, livres e iguais (HABERMAS, 2003, p. 127).

Torna-se evidente, nesse diapasão, a existência de paradigmas jurídicos, capazes de informar, de maneira geral e histórica, a concepção jurídica dominante em determinado meio social. Os paradigmas são, portanto, modelos históricos de elevada generalidade que plasmam a identidade de uma dada ciência.

O Direito experimentou, ao longo da história, três grandes paradigmas que podem assim serem cognominados: paradigma do Direito formal burguês, paradigma do Direito materializado³ do Estado social e o paradigma do Estado Democrático de Direito. A análise, nesta sede, reside no paradigma do Direito materializado do Estado Social.

Referido paradigma sucedeu o paradigma do Direito formal burguês, desgastado⁴ justamente pela cegueira e incompetência da lei em modificar, realmente, a realidade social. O paradigma do Direito materializado do Estado Social, portanto, vem como resposta a tal corrosão epistemológica, de modo a oportunizar as transformações sociais e econômicas reclamadas por uma sociedade eminentemente caracterizada pela desigualdade. Segundo afirma Maria Tereza Dias:

³ Diz-se Direito materializado porque o Direito deixa de ser formal, ou seja “[...] características que antes eram exteriores ao direito são assumidas cada vez mais nas determinações jurídicas” (HABERMAS, 2003, p. 196).

⁴ “O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social [...]” (SILVA, 2005, p. 115).

Sob égide desse novo paradigma, os direitos fundamentais não são mais vistos como simples *status negativus*, garantidos por um direito à defesa do cidadão em relação à autoridade, mas igualmente como *status positivus*, garantidos por um direito à prestação por parte do Estado (DIAS, 2003, p. 142-143).

Destarte, o paradigma do Direito materializado do Estado social é aquele preocupado em corrigir as deformações oriundas do paradigma pretérito, traduzíveis sinteticamente na noção de desigualdade social. Direitos sociais, econômicos e culturais – como cediço, denominados de direitos de segunda dimensão – são sacados pelo constitucionalismo social como forma de mitigar as distorções causadas pelo voraz apetite do capitalismo descontrolado. Ocorre, então, a fetichização da igualdade⁵.

Entrementes, para se alcançar o escopo almejado pelo paradigma do Direito materializado do Estado Social, mister seria o próprio agigantamento do Leviatã: o Estado passaria, então, a intervir, de maneira mais incisiva, no domínio econômico e privado, o que se evidenciaria através de regulações inexoráveis, provocando verdadeiro sufocamento da liberdade. O espaço público, por conseguinte, passou a ser visto como espaço estatal⁶.

Resumindo bem o quadro histórico atinente ao paradigma do Direito materializado do Estado Social, o escólio de Jacques Chevallier (2009, p. 28):

Sem dúvida, essa expansão [das funções do Estado] tomou formas bastante diferentes. Enquanto que nos países socialistas a sociedade civil tendeu a ser absorvida por um Estado que exercia um império total e excludente sobre a vida social e que nos países em desenvolvimento o Estado, encarregado tanto de realizar a integração social como de promover o desenvolvimento econômico, tornou-se o polo essencial em torno do qual se estrutura o conjunto de relações econômicas e sociais, já nos países de tipo liberal o espaço social permaneceu construído de um modo pluralista; entretanto, lá também, o advento do Estado-Providência entranhou uma transformação espetacular das funções do Estado, que se desenvolveram em extensão, pelo alargamento do domínio de intervenção, e em profundidade, pelo fornecimento direto de prestação ao público: considerado como sendo investido da missão, e dotado da capacidade, de satisfazer as necessidades sociais de todas as ordens, o ‘Estado providencial’ é encarregado de realizar a igualdade real, e não mais somente formal, dos indivíduos, em nome do imperativo da justiça social. Mesmo que o grau de intervenção tenha variado segundo os contextos nacionais, todos os países liberais conheceram uma tal evolução, em maior ou menor extensão.

⁵ O paradigma do Direito formal burguês, por seu turno, privilegiou a fetichização da liberdade.

⁶ É o que Habermas chama de “interpenetração entre Estado e sociedade civil”. Assim: “Na medida em que há essa interpenetração de Estado e sociedade, a esfera pública perde certas funções de intermediação e, com ela, o Parlamento enquanto esfera pública estabelecida enquanto órgão do Estado” (HABERMAS, 1984, p. 231). Mais adiante: “O Estado da social-democracia renunciou à ficção do Estado liberal de direito: como se a esfera pública politicamente ativa tivesse sido de fato realizada com o seu estabelecimento enquanto órgão do Estado” (HABERMAS, *op. cit.*, p. 270).

Todavia, esse modelo não tardou a entrar em colapso. Questões como sinais de estremecimento do Oriente socialista⁷, crise do petróleo na década de 70, o aumento exponencial da expectativa de vida e a correlativa diminuição da natalidade, a busca por maior liberdade, sem maiores ingerências do Estado, além da crise fiscal provocada por um aparato administrativo pesado e ineficiente, contribuíram, proficuamente, para o esgotamento das energias utópicas do paradigma do Direito materializado do Estado Social. Como afirmou Habermas:

A utopia de uma sociedade do trabalho perdeu sua força persuasiva – e isso não apenas porque as forças produtivas perderam sua inocência ou porque a abolição da propriedade privada dos meios de produção manifestamente não resulta por si só no governo autônomo dos trabalhadores. Acima de tudo, a utopia perdeu seu ponto de referência na realidade: a força estruturadora e socializadora do trabalho abstrato (HABERMAS, 1987, p. 106).

Aliás, com bem percebeu Claus Offe (1994, p. 171), o trabalho, na época da crise do paradigma do Direito materializado do Estado Social, deixou de ser o conceito-chave das ciências humanas: a sociedade não poderia ser explicada simplesmente através de uma luta de classes: a realidade desvelava sua complexidade⁸.

Todavia, conseqüência notável do fim da onisciência estatal é, justamente, a redescoberta das potencialidades de legitimação que podem advir da sociedade civil. “Essa concepção de sociedade civil também pode ser denominada como ‘novo associativismo’ [...], um tipo de coletividade que não demanda diretamente o Estado, mas influencia o sistema político e econômico, colocando questões temáticas ao Estado e ao mercado”. (DIAS, 2003, p. 229).

Por conseguinte, o espaço público não é mais reduzido ao estatal, daí nascendo a noção de espaço público não-estatal. Os imperativos sistêmicos da economia e do Estado comunicam-se com o mundo da vida, como forma de lograr legitimidade, segundo a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Habermas. E é precisamente nesse contexto histórico mais abstrato – atinente ao fim do Estado-providência e à redescoberta da sociedade civil – que se pode extrair o material teórico capaz de conceder perfil às organizações sociais.

⁷ Pergunta-se o capitalismo da década de 70: ora, por que manter uma estrutura de proteção social se a ameaça do socialismo oriental parece embotar-se?

⁸ “A sociedade contemporânea seria assim caracterizada pela complexidade, a desordem, a indeterminação, a incerteza: novas figuras, tais como aquelas do rizoma, do labirinto ou da rede – agora promovida ao nível de paradigma dominante nas ciências sociais – são fornecidas para dar conta de uma organização social que abandonou os caminhos bem balizados da simplicidade, da ordem e da coerência” (CHEVALLIER, 2009, p. 17-18).

No passo a seguir, apresentar-se-á como estas ideias foram traduzidas pela realidade juspolítica pátria - observada, em parte, pela reforma administrativa empreendida na década de 90 pelo governo neoliberal capitaneado por Fernando Henrique Cardoso.

2.2 A reforma administrativa gerencial brasileira

Antes de adentrar o contexto da reforma administrativa gerencial pátria, imperativo é distinguir os outros dois modelos que se contrapõem ao gerencialismo, a saber, a Administração Pública patrimonial e a Administração Pública burocrática

A Administração Pública patrimonial, típica dos Estados absolutistas, caracteriza-se pela confusão entre público e privado. A Administração, ontologicamente voltada para o atendimento de interesses públicos, passa a ser manipulada em favor de escusos interesses privados. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, descreveu que:

No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem *status* de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada das *res principis*. Em conseqüência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Neste novo momento histórico, a administração patrimonialista torna-se uma excrescência inaceitável (BRASIL, 1995, p. 15).

Desnecessário é aprofundar o tema na realidade brasileira: até hoje o patrimonialismo emerge com freqüência na Administração Pública nacional⁹. Inevitável é a ilação: tal modelo de Administração Pública não encontrava respaldo junto à nascente burguesia.

Sucedendo historicamente a Administração Pública patrimonial está a Administração Pública burocrática. A Administração Pública burocrática lastreia-se precisamente na concepção weberiana de dominação do tipo legal-racional¹⁰. Ou seja, a Administração Pública

⁹ Calha a lembrança de Renato de Abreu Barcelos (2011, p. 4), para quem: “[...] manifestação perspicua do patrimonialismo deu-se no início do governo Lula. A esposa do então presidente, Dona Marisa, cultivou, nos jardins do Palácio da Alvorada – residência oficial do Presidente da República –, sálvias vermelhas em formato de estrela, numa alusão nítida ao Partido dos Trabalhadores (PT)”.

¹⁰ “A burocracia enquanto tipo ideal pode organizar a dominação racional-legal por meio de uma incomparável superioridade técnica que garanta precisão, velocidade, clareza, unidade, especialização de funções, redução do atrito, dos custos de material e pessoal etc. Ela também deve eliminar dos negócios ‘o amor, o ódio e todos os elementos sensíveis puramente pessoais, todos os elementos irracionais que fogem ao cálculo’. A organização burocrática é hierárquica e o recrutamento para seus quadros dá-se através de concursos ou de outros critérios objetivos. Funcionários que pudessem ser eleitos pelos governados modificariam o rigor da subordinação hierárquica já que isto estabeleceria uma relativa autonomia frente ao seu superior. O tipo ideal do burocrata é o

burocrática, com fito de extirpar os excessos patrimonialistas, buscou racionalizar a Administração Pública, o que se poderia lograr através de rígidos controles. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, assinalou:

Os controles administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre *a priori*. Parte-se de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Por isso são sempre necessários controles rígidos dos processos, como por exemplo na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas (BRASIL, 1995, p. 15).

Todavia, não tardou para que os inconvenientes da Administração Pública burocrática fossem sentidos: o pesado aparato burocrático desaguava na ineficiência administrativa, provocando a frustração de expectativas da sociedade. Interessante observar que tais críticas endereçadas à Administração Pública burocrática são precisamente contemporâneas ao desmoronamento do paradigma do Direito materializado do Estado Social. E é nesse momento que surge a Administração Pública gerencial¹¹.

A Administração Pública gerencial logrou adesão maciça nos Estados componentes da chamada modernidade central, como Estados Unidos – através do governo de Ronald Reagan – e Reino Unido – capitaneado por Margareth Thacher.

Sinteticamente, na busca inexorável e descontrolada por eficiência – mais um fetichismo – o gerencialismo tem como ideia central a importação de métodos e técnicas administrativos de estirpe privada para a Administração Pública¹². Procura-se, então, a todo custo, a qualidade da atuação administrativa. Para tanto, os controles – até então rígidos e *a priori* – passam a ser flexíveis e *a posteriori*.

Conforme relatado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995:

Na administração pública gerencial a estratégia volta-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, e (3) para o controle ou cobrança *a posteriori* dos resultados.

do funcionário que age em cooperação com outros, cujo ofício é separado de sua vida familiar e pessoal, regulamentado por mandatos e pela exigência de competência, conhecimento e perícia e que não pode usar dos bens do Estado em proveito próprio ou apropriar-se deles” (BARBOSA; OLIVEIRA; QUINTANEIRO, 2003, p. 139-140).

¹¹ Muito antes da década de 90, quando foi implementado no Brasil o gerencialismo, tentativas pretéritas, de certa forma malogradas, também buscaram transpor o gerencialismo da modernidade central para o Brasil, citando-se o Programa de Desburocratização de Hélio Beltrão e próprio Decreto-lei 200/67. Para uma análise completa do panorama histórico das reformas administrativas nacionais, conferir o estudo de Maria Tereza Fonseca Dias (2003, p. 167-224).

¹² Apesar da pouca cientificidade, é possível lançar a seguinte intuição: métodos privados na Administração Pública: neopatrimonialismo?

Adicionalmente, pratica-se a competição administrada no interior do próprio Estado, quando há a possibilidade de estabelecer concorrência entre unidades internas. No plano da estrutura organizacional, a descentralização e a redução dos níveis hierárquicos tornam-se essenciais. Em suma, afirma-se que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins) (BRASIL, 1995, p. 16).

Este é, então, o perfil jurídico da Administração Pública gerencial, que se disseminou amplamente da modernidade central para a modernidade periférica, através de uma globalização hegemônica do tipo globalismo localizado¹³. Mas mencionada adesão não foi, por assim dizer, verdadeiramente voluntária, conforme se extrai da notícia histórica de Jacques Chevallier (2009, p. 86-87):

Todos os países serão levados a se converter em menor ou maior medida ao *New Public Management* [gerencialismo], notadamente sob pressão do Banco Mundial, que disso fará a condição para uma ‘boa governança’, e da OCDE, que o erigirá em verdadeira doutrina internacional de reforma administrativa; os critérios de ‘capacidade administrativa’ adotados pela União Europeia para a adesão de países da Europa central e oriental (1995) fará explícita referência a isso. Assistir-se-á, desse modo, à globalização dos princípios de gestão pública, entendidos como universalmente aplicáveis.

Destarte, também o gerencialismo aportou no Brasil, obtendo acolhida institucional na década de 90, através da Emenda Constitucional 19, de 1998, sob égide do governo neoliberal de Fernando Henrique Cardoso. Todavia, a autoria intelectual, verdade seja dita, do gerencialismo pátrio é do então Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, a época à frente do Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado (MARE).

Para bem se compreender como se deu a implantação dos postulados gerenciais no Brasil mister é voltar os olhos para seu documento principal, a saber, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) (1995). Vejam-se, então, os principais aspectos do PDRAE.

De intróito, o PDRAE registra a crise do Estado-providência – acima analisada em traços mais gerais – que se manifestou, segundo o Plano, pela (i) crise fiscal; (ii) pela inadequação do intervencionismo estatal; e (iii) e pela falência do modelo burocrático de Administração Pública (BRASIL, 1995, p. 10-11).

¹³ “Consiste [o globalismo localizado] no impacto específico nas condições locais das práticas e imperativos transnacionais que emergem dos localismos globalizados. Para responder a estes imperativos transnacionais, as condições locais são desintegradas, marginalizadas, excluídas, desestruturadas e, eventualmente, reestruturadas sob a forma de inclusão subalterna” (SANTOS, 2010, p. 9).

Em seguida, o PDRAE fez questão de salientar que a Administração Pública gerencial não representa ruptura peremptória com o esquema da Administração Pública burocrática, na medida em que conserva suas virtudes, quais sejam, o recrutamento humano objetivo, a postura remuneratória, o sistema de carreiras e o aperfeiçoamento constante (BRASIL, 1995, p. 16).

Prosseguindo, o Plano faz análise histórica das reformas administrativas brasileiras, passando pelo Departamento Administrativo de Serviço Público (DASP) getulista e pelo Decreto-Lei nº 200/1967 (BRASIL, 1995, p. 18-22).

Ato contínuo, o PDRAE erigiu um amplo diagnóstico da Administração Pública até então vigente, analisando-se a dimensão institucional-legal, os recursos humanos, o mercado de trabalho no serviço público e a dimensão cultural e de gestão. Em resumo, constatou-se a ineficiência e a conseqüente falência do modelo vigente (BRASIL, 1995, p. 22-40).

Feitas estas considerações, o PDRAE, já na dimensão propositiva do projeto, distinguiu quatro setores do Estado:

NÚCLEO ESTRATÉGICO. Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É portanto o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no poder executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas.

ATIVIDADES EXCLUSIVAS. É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado – o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc.

SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS¹⁴. Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder do Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem ‘economias externas’ relevantes, na medida em que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.

PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO. Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida (BRASIL, 1995, p. 41-42).

¹⁴ Tal setor também é conhecido como terceiro setor, ou seja, aquele não é reduzível ao Estado, nem ao mercado.

Partindo-se, então, desses quatro núcleos distintos, o PDRAE estabelece, para cada qual, um tipo de propriedade e um tipo de gestão. **(i)** Para o núcleo estratégico, a gestão deve obsequiar a efetividade de suas decisões – o que equivale a dizer: Administração Pública burocrática – e o tipo de propriedade que, como não poderia deixar de ser, é estatal; **(ii)** para o núcleo das atividades exclusivas, o tipo de gestão deve privilegiar a eficiência – ou Administração Pública gerencial – e a propriedade, aqui, também tem de ser estatal; **(iii)** para os serviços não exclusivos, a gestão também deve sublinhar a eficiência, e o tipo de propriedade é o público não-estatal¹⁵; **(iv)** por fim, para o setor de produção de bens e serviços para o mercado, a gestão deve aplaudir a eficiência, e a propriedade deve ser privada¹⁶ (BRASIL, 1995, p. 42-44).

Nesse diapasão, tendo-se por perspectiva os postulados gerenciais, a divisão de setores, acompanhadas das respectivas ontologias de gestão e propriedade, o PDRAE articulou os seguintes objetivos, que permitiram a adoção da Administração Pública gerencial:

Objetivos Globais

- Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos.
- Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada.
- Transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União.
- Transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União.

Objetivos para o Núcleo Estratégico

- Aumentar a efetividade do núcleo estratégico, de forma que os objetivos democraticamente acordados sejam adequada e efetivamente alcançados.
- Para isto, modernizar a administração burocrática, que no núcleo estratégico ainda se justifica pela sua segurança e efetividade, através de uma política de profissionalização do serviço público, ou seja, de uma política de carreiras, de concursos públicos anuais, de programas de educação continuada permanentes, de uma efetiva administração salarial, ao mesmo tempo que se introduz o sistema burocrático uma cultura gerencial baseada na avaliação do desempenho.
- Dotar o núcleo estratégico de capacitação gerencial para definir e supervisionar os contratos de gestão com as agências autônomas, responsáveis pelas atividades exclusivas de Estado, e com as organizações sociais, responsáveis pelos serviços não exclusivos do Estado realizados em parceria com a sociedade.

Objetivos para as Atividades Exclusivas

- Transformar as autarquias e fundações que possuem poder de Estado em agências autônomas, administradas segundo um contrato de gestão; o dirigente escolhido pelo Ministro, segundo critérios rigorosamente profissionais, mas não necessariamente de dentro do Estado, terá ampla liberdade para administrar os

¹⁵ “Não é propriedade estatal porque aí não se exerce o poder de Estado. Não é, por outro lado, a propriedade privada, porque se trata de um tipo de serviço por definição subsidiado” (BRASIL, 1995, p. 43).

¹⁶ “A propriedade estatal só se justifica quando não existem capitais privados disponíveis – o que não é mais o caso do Brasil – ou então quando existe um monopólio natural. Mesmo neste caso, entretanto, a gestão privada tenderá a ser a mais adequada, desde que acompanhada por um seguro de regulação” (BRASIL, 1995, p. 44).

recursos humanos, materiais e financeiros colocados à sua disposição, desde que atinja os objetivos qualitativos e quantitativos (indicadores de desempenho) previamente acordados.

- Para isto, substituir a administração pública burocrática, rígida, voltada para o controle *a priori* dos processos, pela administração pública gerencial, baseada no controle *a posteriori* dos resultados e na competição administrada.

- Fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação popular tanto na formulação quanto na avaliação de políticas públicas, viabilizando o controle social das mesmas.

Objetivos para os Serviços Não-exclusivos

- Transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de 'publicização', transformando as atuais fundações públicas em **organizações sociais**, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder legislativo para celebrar contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária.

- Lograr, assim, uma maior autonomia e uma conseqüente maior responsabilidade para os dirigentes desses serviços.

- Lograr adicionalmente um controle social direto desses serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social.

- Lograr, finalmente, uma maior parceria entre o Estado, que continuará a financiar a instituição, a própria organização social, e a sociedade a que serve e que deverá também participar minoritariamente de seu financiamento via compra de serviços e doações.

Objetivos para a Produção para o Mercado

- Dar continuidade ao processo de privatização através do Conselho de Desestatização.

- Reorganizar e fortalecer os órgãos de regulação dos monopólios naturais que forem privatizados.

- Implantar contratos de gestão nas empresas que não puderem ser privatizados (BRASIL, 1995, p. 45-47, grifos acrescidos).

Para conseguir a mudança então desejada – da Administração Pública burocrática para a Administração Pública gerencial –, de modo a contemplar os objetivos acima expostos, o PDRAE teceu estratégias de transição, que abrangiam mudanças na dimensão institucional-legal, emendas constitucionais – concretizadas pelas Emendas 19, de 1998, e 41, de 2003 –, alterações na legislação infraconstitucional, e rupturas com o modelo pretérito de cultura e gestão, o que seria possível com a implementação de inúmeros projetos (BRASIL, 1995, p. 48-68).

Odete Medauar (2003, p. 241-263), assim sintetizou os tópicos inseridos no direito administrativo na década de 90: princípios da eficiência, da proporcionalidade, da razoabilidade, da subsidiariedade, e da confiança legítima, privatização, deslegalização, regulação, e agências reguladoras. Todos esses tópicos guardam, em maior ou menor intensidade, íntima relação com o gerencialismo.

Vistas essas questões preliminares – (i) crise do paradigma do Direito materializado do Estado Social e (ii) a reforma administrativa gerencial brasileira – já se detêm subsídios teóricos para explicitar a compreensão histórica das organizações sociais.

2.3 Surgimento das organizações sociais

As organizações sociais surgiram no período de declínio do paradigma do Direito materializado do Estado Social, simbolizando, portanto, o **redescobrimto das potencialidades de uma sociedade civil até então adormecida**. O Estado não poderia ser um condutor da realidade; a participação da sociedade civil nessa condução também se mostrava impostergável, na medida em que dela pode emergir a capacidade de legitimação da atuação estatal.

No Brasil, as organizações sociais lograram existência com o projeto de Administração Pública gerencial do governo neoliberal de Fernando Henrique Cardoso. As organizações sociais, assim, estavam presentes no chamado setor de atividades não-exclusivas, caracterizado pela presença concomitante de elementos estatais e privados na busca pelo interesse público. Nesta busca pelo interesse público, tais elementos podem unir-se, de modo a ensejar a criação de novas entidades privadas sem fins lucrativos que poderão ser, posteriormente, qualificadas pelo Estado como organizações sociais. Para tanto, a reforma gerencial estabeleceu que tal setor, até então incrustado na propriedade estatal, deveria ser transferido para a propriedade pública não-estatal, através de um Programa de Publicização¹⁷.

Não cabe, aqui, realizar análise pormenorizada da conveniência ou não do modo de surgimento, no Direito brasileiro, das organizações sociais, por fugir aos propósitos deste estudo. Mas algo é certo: organizações sociais lastreadas no gerencialismo imbuído de neoliberalismo não se compactuam com o espírito de redescobrimto da sociedade civil; muito ao revés, as organizações sociais, nessa medida, paramentam-se como instrumentos de manipulação¹⁸ da sociedade civil pelos imperativos sistêmicos da economia e da burocracia.

¹⁷ “Embora o Plano Diretor fale em **publicização** e a própria Lei n. 9.637/98, logo na ementa, fale em **Programa Nacional de Publicização** para definir a forma como se substituirá uma entidade pública por uma entidade particular qualificada como organização social, não há qualquer dúvida quanto a tratar-se de um dos muitos instrumentos de **privatização** de que o governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração Pública” (DI PIETRO, 2007, p. 463, grifos da autora).

¹⁸ “Observamos, entretanto, que a utilização do alargamento do conceito do que é público tem se dado tão-somente para justificar a transferência das atividades estatais para a iniciativa privada, e não como forma de inserção da sociedade civil nesse processo, ou seja, não tem ocorrido a inserção da parcela da sociedade que se encontra na periferia da esfera pública, para o centro dessa esfera” (DIAS, 2003, p. 252).

3 PERFIL JURÍDICO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Este compartimento tem o propósito de realizar rápido incurso conceptual sobre as organizações sociais, de modo a traçar o perfil jurídico dessas entidades no Direito pátrio. Para tanto, a Lei n. 9.637/98, que trata da qualificação de entidades como organizações sociais, servirá de parâmetro para as observações aqui despendidas. Mas uma ressalva deve ser feita: a Lei n. 9.637/98 será utilizada enquanto meio de sistematização geral da matéria, e não enquanto disciplina normativa federal. Em outras palavras, decantada Lei será encarada, aqui, como **Lei nacional**, e não Lei federal¹⁹.

Assim, o primeiro ponto a se destacar é o conceito de organização social. Colhe-se do Caderno MARE disciplinador das organizações sociais:

Organizações sociais (OS) são um modelo de organização pública não-estatal, destinado a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica. Trata-se de uma forma de propriedade pública não-estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público. As OS são um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade. O Estado continuará a fomentar as atividades publicizadas e exercerá sobre elas um controle estratégico: demandará resultados necessários ao atingimento dos objetivos das políticas públicas. O contrato de gestão é o instrumento que regulará as ações das organizações sociais.

Tendo-se em vista tais considerações preliminares, pode-se conceituar organização social como “[...] a qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social” (DI PIETRO, 2007, p. 461-462).

Torna-se evidente, então, que nenhuma entidade nasce como organização social: uma entidade privada, que busca o interesse público, observados determinados requisitos, recebe a qualificação de organização social.

Destarte, são requisitos para a qualificação da entidade como organização social: **(i)** ser uma entidade privada que busque o interesse público; **(ii)** a busca pelo interesse público deve dar-se em âmbito eminentemente social – como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde; **(iii)** a entidade pleiteante à qualificação como organização social não pode ostentar fins lucrativos – o que importa dizer: seus excedentes financeiros não podem ser redistribuídos a seus

¹⁹ A análise da Lei n. 9.637/98, enquanto Lei federal, será engendrada em passo abaixo.

membros ou associados, mas sim realocados nas próprias atividades-fim da entidade; **(iv)** a entidade, para receber o selo organização social deve contar com um conselho de administração; e **(v)** é impostergável para a qualificação da entidade como organização social a celebração, com o Poder Público, de um contrato de gestão.

De sobranceira importância, no processo de qualificação de uma entidade privada como organização social, é o contrato de gestão²⁰. Para Medauar:

A organização social celebra o contrato de gestão com o poder público, para a formação de parceria no fomento e execução das atividades relativas às áreas [sociais]. Dessa forma, o poder público deixará de ser executor direto de atividades ou serviços naquelas áreas, para ser incentivador, fornecedor de recursos e fiscal da execução (MEDAUAR, 2009, p. 101).

Assim, o contrato de gestão firma: **(i)** de um lado, a necessidade de a entidade privada buscar o interesse público em campos sociais, devendo o Poder Público fixar metas de desempenho e qualidade de atuação da entidade, fiscalizando-a, portanto; **(ii)** em contrapartida, a entidade qualificada como organização social receberá benesses do Poder Público.

Tais benesses, chamadas pelo Caderno MARE (BRASIL, 1997, p. 15-16) atinente às organizações sociais pelo sugestivo nome de “vantagens”, são: **(i)** no campo dos recursos humanos, a desnecessidade de recrutamento por meio de concurso público, o que permite maior “qualidade” dos quadros humanos na entidade; **(ii)** no campo das compras e contratos, a desnecessidade das rígidas licitações e de contratos menos burocráticos, permitindo maior agilidade administrativa; **(iii)** no campo da gestão orçamentária e financeira, a não sujeição aos ditames da execução orçamentária, financeira e contábil governamental; e **(iv)** e no plano do controle, a ausência de controles prévios, existindo, aí, tão-somente um controle finalístico. A essas benesses assomam-se outras, não expressamente consignadas pelo Caderno MARE: **(i)** a possibilidade de utilização de servidores públicos, sem ônus para a organização social e **(ii)** o recebimento de recursos financeiros aportados pelo próprio Poder Público.

Com a intenção de manter um mínimo de moralidade na relação organização social-Poder Público, este tem o condão de, em caso de descumprimento dos parâmetros assentados

²⁰ Contrato de gestão é um rótulo que designa dois contextos distintos: **(i)** de um lado, o contrato de gestão refere-se à constituição de agências executivas, com base no art. 37, § 8º, da Constituição Federal, ou seja, um contrato firmado entre elementos tipicamente estatais; **(ii)** de outro lado, o contrato de gestão refere-se ao estabelecimento de metas e benesses a entidades privadas que perseguem o interesse público. Os contratos de gestão, nesse último caso, são “[...] pura e simplesmente ‘contratos administrativos’, figura jurídica perfeitamente conhecida. Deveras, aqui nada mais haveria senão – como é corrente no Direito Administrativo – um relacionamento de natureza contratual entre o Poder Público e um outro sujeito encartado no universo privado” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 235).

no contrato de gestão, desqualificar a entidade como organização social, o que leva à perda das citadas benesses.

Assim, são características das organizações sociais:

- são fundações ou associações sem fins lucrativos;
- têm autonomia administrativa e financeira;
- deverão cumprir metas previstas em contrato de gestão firmado com a Administração Pública [...];
- receberão recursos, bens, equipamentos e funcionários do Poder Público;
- poderão comprar bens e serviços sem necessidade de licitação;
- terão seus funcionários contratados pelas regras do setor privado, pelo regime da CLT, sem necessidade de concurso público;
- deverão reinvestir os lucros eventuais na organização;
- deverão buscar receitas próprias para reduzir repasses de recursos [públicos];
- poderão ter planos de cargos e salários próprios;
- serão fiscalizadas pelo Governo por intermédio de Conselhos, com participação de representantes da sociedade civil;
- deverão publicar relatórios anuais de suas atividades no Diário Oficial [...] (DIAS, 2003, p. 234).

Enfim, as organizações sociais, no Direito brasileiro, representam o purismo de uma privatização da gestão e exploração das tarefas administrativas: “[...] na privatização da gestão ou da exploração se transfere para entidades privadas funções até então prosseguidas por entidades públicas, determinando que os respectivos ‘meios de produção’ de propriedade pública se passem a integrar [...] no sector privado” (OTERO, 2007, p. 308). O que pode dar margem a inúmeras irregularidades.

Dentre tais irregularidades, aponta Maria Tereza Fonseca Dias:

As principais inconstitucionalidades apresentadas pelo programa de criação das OSs são as seguintes:

- ser a qualificação das OSs pelos Ministros (art. 2º, II, da Lei n. 9.637/98) uma prerrogativa discricionária que viola os princípios do art. 37 da Constituição Federal (legalidade e impessoalidade);
- ser a destinação dos bens públicos às OSs contrária ao art. 175 da CF, que exige licitação para a prestação de serviços públicos;
- serem dispensadas a realização de concursos públicos e a tabela de salários do funcionalismo, o que viola o disposto no art. 37, II, da Carta Constitucional (DIAS, 2003, p. 240-241).

Logo, a análise comparativa realizada abaixo permitirá, de uma só vez, delinear o arcabouço normativo das organizações sociais, e permitirá, outrossim, constatar se as decantadas inconstitucionalidades ainda remanescem no Direito brasileiro.

4 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A LEGISLAÇÃO FEDERAL, A LEGISLAÇÃO PAULISTA E A LEGISLAÇÃO PAULISTANA

Chega-se, enfim, ao âmago deste estudo, qual seja, proceder a uma análise comparativa entre o modelo legislativo da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998²¹ (BRASIL, 1998); a Lei Complementar n. 846, de 4 de junho de 1998, do Estado de São Paulo²² (SÃO PAULO, 1998); e Lei n. 14.132, de 24 de janeiro de 2006, do Município de São Paulo²³ (SÃO PAULO, 2006).

Decantadas Leis tratam, resumidamente, da qualificação de entidades como organizações sociais²⁴.

Um primeiro ponto a se destacar repousa-se sobre a eleição dos parâmetros comparativos. Para fins do presente estudo, os parâmetros escolhidos foram extraídos do documento “**Relações de Parcerias entre Poder Público e Entes de Cooperação e Colaboração no Brasil**”, (BRASIL, 2010, p. 39, 40 e 41), engendrado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento.

Consoante o mencionado documento, os parâmetros podem ser aglutinados em **rubricas gerais**, a saber: **(i)** qualificação; **(ii)** governança da organização social; **(iii)** atribuições privativas do Conselho de Administração; **(iv)** características legais da qualificação como organização social; **(v)** características da relação de fomento e parceria; **(vi)** elementos essenciais do contrato de gestão; **(vii)** dispositivos gerais; e **(viii)** características legais da qualificação como organização social.

No campo da **qualificação**, extraem-se os seguintes parâmetros: **(i)** investimento obrigatório dos excedentes financeiros nas próprias atividades; **(ii)** proibição de distribuição de bens ou de parcelas do patrimônio; **(iii)** no caso de extinção, incorporação integral do patrimônio, legados ou doações e excedentes financeiros ao Poder Público ou a outra organização social; e **(iv)** publicação anual dos relatórios financeiros e de execução do contrato de gestão no Diário Oficial.

²¹ Doravante simplesmente designada de “**Lei federal**”.

²² Doravante simplesmente designada de “**Lei paulista**”.

²³ Doravante simplesmente designada de “**Lei paulistana**”.

²⁴ Confirmam-se as respectivas ementas: Lei federal: “Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências”. Lei paulista: “Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências”. Lei paulistana: “Dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais”.

No campo da **governança da organização social**, são parâmetros balizadores para a pretendida comparação: **(i)** possuir conselho de administração e diretoria executiva; **(ii)** participação; **(iii)** vedação à acumulação das funções de conselheiro e diretor da organização social; **(iv)** previsão de auditoria externa para apoio à fiscalização das contas e dos resultados da organização social pelo conselho de administração; **(v)** atuação não remunerada dos conselheiros; e **(vi)** aprovação do Poder Público quanto à conveniência e oportunidade da qualificação.

No que tange às **atribuições privativas do Conselho de Administração**, recolhem-se os seguintes parâmetros: **(i)** aprovação do contrato de gestão; **(ii)** aprovação da proposta de orçamento e do programa de investimentos; **(iii)** designação da diretoria; **(iv)** aprovação de alteração ao estatuto e extinção da entidade; **(v)** aprovação do regulamento próprio de compras; **(vi)** aprovação de plano de cargos, salários e benefícios; **(vii)** aprovação dos relatórios de execução do contrato de gestão; e **(viii)** fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas e dos demonstrativos financeiros e contábeis.

Já no campo das **principais características legais da qualificação como organização social**, vislumbram-se os seguintes parâmetros comparativos: **(i)** qualificação por decreto; e **(ii)** dispensa de processo licitatório para seleção da organização social e assinatura de contrato de gestão com o Poder Público.

Quanto às **características da relação de fomento e parceria**: **(i)** celebração de contrato de gestão; **(ii)** previsão do objetivo do contrato de gestão como formação de parceria de fomento e execução de atividades; **(iii)** observância dos princípios da Administração Pública na elaboração do contrato de gestão; **(iv)** previsão de instituição de comissão de acompanhamento do desempenho e resultados do contrato de gestão; e **(v)** fiscalização do contrato de gestão pelo Poder Público e exigência de apresentação, pela organização social, de relatório de execução do contrato de gestão e prestação de contas.

Relativamente aos **elementos essenciais do contrato de gestão**, são parâmetros eleitos: **(i)** previsão de metas, indicadores, prazos, e critérios de avaliação; e **(ii)** estipulação dos limites e critérios para despesas com remunerações e vantagens de qualquer natureza a dirigentes e empregados da organização social, no exercício de suas funções.

No que toca aos **dispositivos gerais das leis** em análise, afiguram-se como parâmetros avaliativos: **(i)** a declaração da organização social como entidade de interesse social e utilidade pública; e **(ii)** autorização legal para cessão de servidores.

Por fim, no que atina às **principais características legais da qualificação como organização social**, estipula-se como parâmetros norteadores: **(i)** vedação do pagamento de

vantagem permanente a servidor cedido com recursos do contrato de gestão, ressalvado hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria; **(ii)** possibilidade da previsão de parcela de recursos no contrato de gestão para compensar desligamento de servidor cedido; **(iii)** permissão de uso de bens públicos sem licitação; **(iv)** reciprocidade do modelo com Estados, Distrito Federal e Municípios para fins de assinatura de contrato de gestão; **(v)** desqualificação por descumprimento do contrato de gestão; e **(vi)** publicização de atividades públicas para as organizações sociais.

Expostos os núcleos essenciais acolhedores dos parâmetros, é chegada hora de se proceder à comparação entre o modelo legislativo federal, paulista e paulistano. Para tanto, cada um dos núcleos e respectivos parâmetros serão apresentados em apartado.

4.1 Requisitos exigidos para qualificação

Quando se analisa, nos três modelos legislativos em perspectiva, os requisitos exigidos para a qualificação da entidade como organização social, logram-se as seguintes ilações:

- a) todas as Leis em análise estipulam o investimento obrigatório dos excedentes financeiros nas próprias atividades²⁵;
- b) todas as Leis em análise estipulam a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio, em caso de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro²⁶;
- c) todas as Leis em análise estipulam que, no caso de extinção ou desqualificação, haverá a incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações da entidade ao Poder Público ou a outra organização social²⁷;
- d) todas as Leis em análise estipulam a publicação anual dos relatórios financeiros e de execução do contrato de gestão nas respectivas imprensas oficiais²⁸.

4.2 Requisitos relativos à governança da organização social

Procedendo-se a uma comparação entre a Lei federal, a Lei paulista, e a Lei paulistana, no que se refere à governança da organização social, obtêm-se os seguintes dados:

²⁵ Conferir: Lei federal: art. 2º, I, *b*; Lei paulista: art. 2º, I, *b*; Lei paulistana: art. 2º, I, *b*.

²⁶ Cf.: Lei federal, art. 2º, I, *h*; Lei paulista: art. 2º, I, *h*; Lei paulistana: art. 2º, I, *h*.

²⁷ Cf.: Lei federal, art. 2º, I, *i*; Lei paulista: art. 2º, I, *i*; Lei paulistana: art. 2º, I, *i*.

²⁸ Cf.: Lei federal: art. 2º, I, *f*; Lei paulista: art. 2º, I, *f*; Lei paulistana: art. 2º, I, *f*.

- a) todas as Leis em análise estipulam a obrigatoriedade de existência de um conselho de administração e de uma diretoria²⁹;
- b) somente a Lei federal prevê, de modo **explícito**, a participação do Poder Público no conselho de administração³⁰; as Leis paulista e paulistana **não** preveem, **explicitamente**, a participação do Poder Público no conselho de administração³¹;
- c) todas as Leis em análise estipulam a vedação de acumulação de funções de conselheiro e diretor³²;
- d) todas as Leis em análise estipulam a previsão de auditoria externa em apoio à fiscalização das contas e dos resultados da organização social pelo conselho de administração³³;
- e) todas as Leis em análise estipulam a atuação não remunerada dos conselheiros³⁴;
- f) somente a Lei paulistana³⁵ estabelece que o cumprimento integral dos requisitos legais leva, necessariamente, à qualificação da entidade como organização social – **ato vinculado**; já pelas Leis federal³⁶ e paulista³⁷, o cumprimento integral dos requisitos legais não leva, necessariamente, à qualificação da entidade com organização social – **ato discricionário**.

4.3 Atribuições privativas do Conselho de Administração

Quando se compara as atribuições privativas do Conselho de Administração na regulamentação legal das três leis em perspectiva, colhe-se que:

- a) todas as Leis em análise estabelecem, como competência privativa do Conselho de Administração, a aprovação do contrato de gestão³⁸ da organização social;
- b) todas as Leis em análise estabelecem, como competência privativa do Conselho de Administração, a aprovação da proposta de orçamento e do programa de investimento³⁹ da organização social;

²⁹ Cf.: Lei federal: art. 2º, I, c; Lei paulista: art. 2º, I, c; Lei paulistana: art. 2º, I, c.

³⁰ Cf.: Lei federal: art. 3º, I, a.

³¹ Cf.: Lei paulista: art. 3º, I; Lei paulistana: art. 3º, I.

³² Cf.: Lei federal: art. 3º, VIII; Lei paulista: art. 3º, VII; Lei paulistana: art. 3º, VII.

³³ Cf.: Lei federal: art. 4º, X; Lei paulista: art. 4º, IX; Lei paulistana: art. 4º, X.

³⁴ Cf.: Lei federal: art. 3º, VII; Lei paulista: art. 3º, VI; Lei paulistana: art. 3º, VI.

³⁵ Cf.: Lei paulistana: art. 1º, *caput*, e inciso II.

³⁶ Cf.: Lei federal: art. 1º, *caput*, e inciso II.

³⁷ Cf.: Lei paulista: art. 1º, *caput*, e inciso II.

³⁸ Cf.: Lei federal: art. 4º, II; Lei paulista: art. 4º, I; Lei paulistana: art. 4º, II.

³⁹ Cf.: Lei federal: art. 4º, III; Lei paulista: art. 4º, II; Lei paulistana: art. 4º, III.

- c) todas as Leis em análise estabelecem, como competência privativa do Conselho de Administração, a designação da diretoria⁴⁰ da organização social;
- d) todas as Leis em análise estabelecem, como competência privativa do Conselho de Administração, a aprovação de alteração no estatuto ou mesmo a extinção da entidade⁴¹;
- e) todas as Leis em análise estabelecem, como competência privativa do Conselho de Administração, a aprovação do regulamento próprio de compras⁴²;
- f) todas as Leis em análise estabelecem, como competência privativa do Conselho de Administração, a aprovação de planos de cargos, salários e benefícios⁴³ dos empregados da entidade;
- g) todas as Leis em análise estabelecem, como competência privativa do Conselho de Administração, a aprovação dos relatórios de execução dos contratos de gestão⁴⁴;
- h) todas as Leis em análise estabelecem, como competência privativa do Conselho de Administração, a fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas e dos demonstrativos financeiros e contábeis da entidade⁴⁵.

4.4 Principais características legais de qualificação como organização social

Deparando-se com as características legais de qualificação como organização social, cotejando-se as Leis em comento, pode-se afirmar que:

- a) nenhuma delas prevê, de modo expresso, a qualificação da entidade como organização social por meio de decreto; quiçá pelo truísmo de que, por ser ato privativo do Executivo, naturalmente o decreto possa fazê-lo;
- b) somente a Lei paulista⁴⁶ e a Lei paulistana⁴⁷ contêm dispositivo expresso determinando a dispensa de processo licitatório para a seleção de organizações sociais; a Lei federal, por seu turno, não ostenta dispositivo normativo de igual caráter⁴⁸.
- c) todas as Leis em análise averbam a necessidade de assinatura de contrato de gestão com o Poder Público⁴⁹.

⁴⁰ Cf.: Lei federal: art. 4º, IV; Lei paulista: art. 4º, III; Lei paulistana: art. 4º, IV.

⁴¹ Cf.: Lei federal: art. 4º, VI; Lei paulista: art. 4º, V; Lei paulistana: art. 4º, VI.

⁴² Cf.: Lei federal: art. 4º VIII; Lei paulista: art. 4º, VII; Lei paulistana: art. 4º, VIII.

⁴³ Cf.: Lei federal: art. 4º, VIII, *in fine*; Lei paulista: art. 4º, VII, *in fine*; Lei paulistana: art. 4º, VIII, *in fine*.

⁴⁴ Cf.: Lei federal: art. 4º, IX; Lei paulista: art. 4º, VIII; Lei paulistana: art. 4º, IX.

⁴⁵ Cf.: Lei federal: art. 4º, X; Lei paulista: art. 4º, IX; Lei paulistana: art. 4º, X.

⁴⁶ Cf.: Lei paulista: art. 6º, § 1º.

⁴⁷ Cf.: Lei paulistana: art. 5º, § 1º.

⁴⁸ Todavia, o art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93, dispensa a licitação nesta hipótese.

4.5 Características da relação de fomento e parceria

Investigando-se as Leis objeto deste estudo, no que toca às características da relação de fomento e parceria, perfaz-se que:

- a) todas as Leis em análise estipulam, para a qualificação da entidade como organização social, a celebração de um contrato de gestão⁵⁰;
- b) todas as Leis em análise contêm previsão do contrato de gestão como formação de parceria de fomento e de execução de atividades⁵¹;
- c) todas as Leis em análise estipulam a obrigatoriedade da observância dos princípios da Administração Pública na elaboração do contrato de gestão⁵²;
- d) todas as Leis em análise estipulam previsão de instituição de comissão de acompanhamento do desempenho e dos resultados do contrato de gestão⁵³;
- e) todas as Leis em análise estipulam a fiscalização do contrato de gestão pelo Poder Público e a exigência de apresentação, pela organização social, de relatório de execução do contrato de gestão e de prestação de contas⁵⁴.

4.6 Características essenciais do contrato de gestão

Em relação às características essenciais do contrato de gestão, pode-se ver que:

- a) todas as Leis em análise estipulam que o contrato de gestão deve conter o programa de trabalho da organização social, a estipulação de metas a serem atingidas, e os prazos de execução, fixando critérios objetivos de avaliação de desempenho, o que se daria mediante indicadores de qualidade e produtividade⁵⁵;
- b) todas as Leis em análise estipulam limites e critérios para despesas com remuneração e vantagens de qualquer natureza para com dirigentes e empregados da organização social, no exercício de suas funções⁵⁶.

4.7 Dispositivos gerais

⁴⁹ Cf.: Lei federal: art. 5º, *caput*; Lei paulista: art. 6º, *caput*; Lei paulistana: art. 5º, *caput*.

⁵⁰ Cf.: Lei federal: art. 5º, *caput*; Lei paulista: art. 6º, *caput*; Lei paulistana: art. 5º, *caput*.

⁵¹ Cf.: Lei federal: art. 5º, *caput*; Lei paulista: art. 6º, *caput*; Lei paulistana: art. 5º, *caput*.

⁵² Cf.: Lei federal: art. 7º, *caput*; Lei paulista: art. 8º, *caput*; Lei paulistana: art. 7º, *caput*.

⁵³ Cf.: Lei federal: art. 8º, § 2º; Lei paulista: art. 9º, § 2º; Lei paulistana: art. 8º.

⁵⁴ Cf.: Lei federal: art. 8º, § 1º; Lei paulista: art. 9º, § 1º; Lei paulistana: art. 8º, § 2º.

⁵⁵ Cf.: Lei federal: Art. 7º, I; Lei paulista: art. 8º, I; Lei paulistana: art. 7º, I.

⁵⁶ Cf.: Lei federal: art. 7º, II; Lei paulista: art. 8º, II; Lei paulistana: art. 7º, II.

Cotejando-se as Leis em constante referência, pode-se afirmar que, em relação aos dispositivos gerais das Leis reguladoras da qualificação de entidades como organizações sociais:

- a) todas as Leis em análise consignam, expressamente, a declaração da organização social como entidade de interesse social e utilidade pública⁵⁷;
- b) todas as Leis em análise estipulam a autorização legal de cessão de servidores, com ônus para o Poder Público⁵⁸.

4.8 Principais características legais da qualificação como organização social

Por fim, enfrentando-se as principais características legais da qualificação de entidades como organização social tem-se que:

- a) todas as Leis em análise estipulam a vedação de vantagem permanente a servidor cedido com recursos do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria⁵⁹;
- b) todas as Leis em análise estipulam a possibilidade de previsão de parcela de recursos no contrato de gestão para compensar o desligamento de servidor cedido⁶⁰;
- c) enquanto as Leis federal⁶¹ e paulistana⁶² contêm disposição expressa contemplando permissão de uso de bens públicos **sem licitação**, a Lei paulista **não ostenta disposição expressa nesse sentido**;
- d) todas as Leis em análise estipulam a reciprocidade do modelo com Estados, Distrito Federal e Municípios para fins de assinatura de contrato de gestão⁶³;
- e) somente a Lei federal⁶⁴ contém disposição contemplando a publicização de atividades públicas para as organizações sociais; as Leis paulista e paulistana carecem de disposição semelhante.
- f) todas as Leis em análise estipulam a desqualificação da organização social caso ocorra o descumprimento do contrato de gestão⁶⁵.

⁵⁷ Cf.: Lei federal: art. 11; Lei paulista: art. 13; Lei paulistana: art. 13.

⁵⁸ Cf.: Lei federal: art. 14, *caput*; Lei paulista: art. 16, *caput*; Lei paulistana: art. 16, *caput*.

⁵⁹ Cf.: Lei federal: art. 14, § 2º; Lei paulista: art. 16, § 2º; Lei paulistana: art. 16, § 2º.

⁶⁰ Cf.: Lei federal: art. 12, § 2º; Lei paulista: art. 14, § 2º; Lei paulistana: art. 14, § 2º.

⁶¹ Cf.: Lei federal: art. 12, § 3º.

⁶² Cf.: Lei paulistana: art. 14, § 3º.

⁶³ Cf.: Lei federal: art. 15; Lei paulista: art. 17; Lei paulistana: art. 17.

⁶⁴ Cf.: Lei federal: art. 20.

⁶⁵ Cf.: Lei federal: art. 16, *caput*; Lei paulista: art. 18, *caput*; Lei paulistana: art. 18, *caput*.

Realizada a análise comparativa, devem-se recolher as principais conclusões advindas com a pesquisa, abaixo expostas.

5 CONCLUSÕES

O contexto histórico atinente ao surgimento das organizações sociais insere-se dentro da crise do paradigma do Direito materializado do Estado Social. Este paradigma, originariamente comprometido com o deslinde da crescente desigualdade social ensejada pela insensibilidade do paradigma do Direito formal burguês, apresentou-se, entretanto, como sinônimo de dominação, de panoptismo estatal, de sufocamento.

Seria preciso, então, redescobrir os potenciais de legitimação que podem emergir da sociedade civil, o que poderia estancar a expansão desmesurada do Leviatã. As organizações sociais representam, nessa medida, uma forma de superação da incomodante presença do Estado em domínios que deveriam ser guiados pela sociedade civil.

Logo, as organizações sociais são entidades privadas que exploram atividades potencialmente livres do típico egoísmo capitalista: não obstante instituídas por particulares, as organizações sociais buscam – assim como o Estado – o interesse público. Contudo, para que tais entidades privadas sejam reconhecidas como tal, mister uma qualificação concedida pelo Estado, que se dá por meio de um contrato de gestão.

O presente estudo engendrou, em vários aspectos, uma análise comparativa entre as Leis que regem as organizações sociais em três distintos espectros institucionais: a União – Lei n. 9.637, de 1998; o Estado de São Paulo – Lei Complementar n. 846, de 1998; e o Município de São Paulo – Lei n. 14.132, de 2006.

Dessa análise pode-se constatar que todas as Leis em comento compartilham, de maneira geral, uma **mesma identidade normativa**, não só material, mas também formal: o **conteúdo** praticamente **não ostenta distorções gritantes**, o que se reflete na própria **estruturação topográfica dos artigos** componentes das respectivas Leis, bastante assemelhada.

Isso leva a uma ilação: **as três Leis contêm inconstitucionalidades inequívocas**, quais sejam: **(i)** qualificação da entidade como organização social como discricionariedade administrativa, o que menoscaba os princípios da legalidade e da impessoalidade – **exceção à Lei paulistana**; **(ii)** todas as Leis permitem a destinação de bens públicos às organizações sociais sem haja o instrumento depurador da licitação – **exceção à Lei paulista**; **(iii)** todas as

Leis dispensam a contratação de recursos humanos via concurso público, justamente um dos maiores qualidades de uma Administração Pública burocrática.

Nesse diapasão, é de suma importância proceder a **alterações** nas referidas Leis, expurgando-as das respectivas inconstitucionalidades, de tal modo que **(i)** a qualificação da entidade privada como organização social fosse vinculada, ou seja, despida de elementos de oportunidade e conveniência; **(ii)** a destinação de bens públicos opere-se por meio de licitação; e **(iii)** o pessoal das organizações sociais fosse recrutado pelo impessoal instrumento do concurso público.

É uma pena que as organizações sociais, entidades dotadas de grandes potencialidades de legitimação num quadro normativo esquadrihado pelo Estado Democrático de Direito, tenham sido manipuladas legalmente com o único de fito de atender aos apetites do capitalismo selvagem do setor privado. Imperioso, então, realocá-las ao seu habitat natural, a saber, a **sociedade civil**, e em consonância com os **postulados constitucionais**.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Renato de Abreu. Entre a crise e a plasticidade evolutiva: reflexões sobre os impactos do gerencialismo no direito administrativo brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3023, out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20206>>. Acesso em: 20. fev. 2012.

BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de; QUINTANEIRO, Tânia. **Um toque de clássicos: Marx, Weber e Durkheim**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

BRASIL. Presidência da República. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, 1995.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Caderno MARE: organizações sociais**. Vol. 2. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

BRASIL. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 de mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 15 fev. 2012.

BRASIL. Ministério do Planejamento. **Relações de parceira entre Poder Público e entes de colaboração no Brasil**. Brasília: Ministério do Planejamento, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Trad. de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. Trad. de Carlos Alberto Marques Novaes. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 18, p. 103-114, set. 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Vol. II.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**: transformações contemporâneas do trabalho e da política. Trad. de Wanda Caldeira Brant. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SÃO PAULO. Estado. Lei Complementar n. 846, de 4 de junho de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 4 de jun. 1998. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei%20complementar/1998/lei%20complementar%20n.846,%20de%2004.06.1998.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

SÃO PAULO. Município. Lei n. 14.132, de 24 de janeiro de 2006. Dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais. **Diário Oficial da Cidade de São Paulo**, São Paulo, 25 de jan. 2006. Disponível em: <<http://camaramunicipal.sp.qaplweb.com.br/iah/fulltext/leis/L14132.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KUHN, Thomas. **As estruturas das revoluções científicas**. Trad. de Beatriz Vianna e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.